

A vueltas con los medios de prueba para acreditar la convivencia a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad.

[BIB 2010\2129](#)

Patricia Nieto Rojas.

Profesora Ayudante Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.41/201012/2010 parte Presentación
Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2010.

I . Antecedentes de hecho

La [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de marzo de 2010](#) , en lo sucesivo la sentencia comentada, dirime la admisibilidad de un acta de notoriedad, emitida una vez fallecido el sujeto causante, como medio de prueba a los efectos del reconocimiento de la pensión vitalicia de viudedad. Las actas de notoriedad, reguladas en el [art 209](#) Reglamento Notarial, aprobado por [Decreto de 2 de junio de 1944](#) , «tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica».

Entre las posibles actas de notoriedad están aquellas dirigidas a acreditar estados civiles de conformidad con lo prevenido en el [art. 363](#) Reglamento de la [Ley del Registro Civil](#) , así como las que sirven para acreditar la convivencia de hecho entre parejas no casadas. En el supuesto de hecho, la viuda es la persona que demuestra interés en que la convivencia anterior al matrimonio con el sujeto causante sea objeto de un acta de notoriedad¹, toda vez que contrajo matrimonio con el causante el día 31.01.2008 y éste falleció sólo dos días después como consecuencia de una enfermedad común.

¹ AAVV. Los poderes. Las actas notariales. Barcelona: Bosch, 2010, p. 301.

Existe constancia de que la demandante y el sujeto causante convivían desde el año 2001, y que el causante se empadronó en el domicilio de la demandante en abril de 2004. El día 7 de octubre de 2008, fallecido ya el causante, se formalizó un acta de notoriedad mediante la cual el Notario daba fe pública de que la demandante y el causante habían convivido durante más de dos años antes de la fecha de matrimonio.

El INSS reconoció a la demandante pensión temporal de viudedad por resolución emitida con fecha 04.03.2008. Contra dicha resolución, la viuda efectúa reclamación previa que fue desestimada en vía administrativa si bien su pretensión fue acogida por el juzgador de instancia que reconoce el derecho de la demandante a la pensión vitalicia de viudedad. La sentencia comentada resuelve el recurso de suplicación planteado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona de 22 de octubre de 2008 (Demandas nº 529/2008) que estimaba la demanda formulada por la viuda contra el INSS. En ella se declaraba el derecho de la actora al percibo de una pensión vitalicia de viudedad con efectos desde el momento de la solicitud denegada en vía administrativa.

II . . Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia

Conforme a lo dispuesto en el [art. 124.1 y 2 LGSS](#) , el derecho a la prestación por viudedad exige que el sujeto causante se encuentre en situación de alta o asimilada y si el fallecimiento se produce como consecuencia de una enfermedad común que el sujeto causante hubiese cotizado al menos 500 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento o a la fecha en la que se extinguió la obligación de cotizar. Finalmente, cuando el fallecimiento se produce como consecuencia

de una enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio se exige además que este se haya producido, como mínimo, un año antes del fallecimiento o, alternatively, que existan hijos comunes. Si bien se establece una excepción en relación a esta exigencia si se puede acreditar un período de convivencia con el causante que, unido al de la duración de matrimonio, supere los 2 años. A estos efectos, se exige que la convivencia requerida se acredite de conformidad con lo establecido para las parejas de hecho en el párrafo cuatro del [art. 174.3 LGSS](#).

Esta regulación, vigente tras la aprobación de la [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), de medidas en materia de Seguridad Social, surge «con el fin de evitar los matrimonios "de conveniencia", contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante (interpretación teleológica que complementa a la literal - [art. 3.1 "in fine" del Código Civil](#) -), y con este objetivo, el legislador estableció una doble cautela: por un lado, que durante un plazo anterior de duración razonable -fijado en dos años- en conjunción con la del matrimonio si este último hubiera sido menor de un año- hubieran convivido los cónyuges, o que hubiera habido hijos comunes; y en segundo término, que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante haya tenido su origen antes de la celebración del matrimonio ([STS 14 de junio de 2010](#)).

Si el fallecimiento se produjera antes del período mínimo de un año exigido por la legislación, el período de convivencia como pareja de hecho, es decir, las constituidas, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona, sirve para acceder a la pensión vitalicia en los supuestos que el matrimonio viniera precedido de esa convivencia, añadiendo dicho período a la duración de este. En estos casos excepcionales, la convivencia de hecho se asimila a período de vínculo matrimonial², y entre los medios de acreditación de esta convivencia se citan dos, complementarios, y no excluyentes, los certificados de empadronamiento y los certificados que expidan los registros correspondientes a las parejas de hecho, certificado que puede ser sustituido por una escritura pública pero que tiene que haberse realizado dos años antes a la fecha del fallecimiento del causante. De no poder acreditar el cumplimiento de estos requisitos, se accede a una prestación temporal de viudedad ([art. 174 BIS LGSS](#)) en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

² ALONSO GÓMEZ, M.J., La protección por muerte y supervivencia II.MERCADER, J.R;TRILLO, A. *Aspectos prácticos de la reforma de Seguridad Social*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 283.

III . La aplicación del Derecho Civil catalán para la acreditación de la convivencia

El [art. 174.3 LGSS](#), según redacción dada por la [Ley 40/2007](#), señala que a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, la existencia de pareja de hecho «se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja», y, en todo caso, este acto debe haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Habida cuenta que la norma no señala preferencia de una vía sobre otra, cabrá la formalización del vínculo por cualquiera de las vías previstas por el legislador. La ausencia de indicaciones adicionales en la LGSS insta a considerar que tal documento resulta identificable con la escritura pública otorgada ante Notario, y conduce también a concluir que podrá ser otorgada por cualquier Notario de cualquier localidad, no siendo el lugar de residencia de la pareja un dato relevante en este caso³.

³ VIQUEIRA PÉREZ, C. La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho ([Ley 40/2007](#)), AS, Tomo II, 2008, p. 2160.

Sin embargo, compartimos que la dificultad estriba en que la definición de pareja de hecho que la norma ofrece a los efectos del acceso a la pensión de viudedad, no tiene vocación de generalidad (como es propio de las nociones que delimitan los derechos de Seguridad Social), ya que el [art. 174.5 LGSS](#) señala que «en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio», la acreditación de la convivencia se llevará a cabo «conforme a lo que se establezca su legislación específica». La propia [EM](#) de la Ley 40/2007 recuerda que la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos

de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad.

En Cataluña, las parejas de hecho estables se regulan por la [Ley 10/1998, de 15 de julio](#), de Uniones Estables de Pareja de Cataluña⁴, aplicable a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña. El art. 2 LUEP dispone que «la acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se pueden hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el art. 10», en el que se contempla la forma de acreditación de esta convivencia para acceder a determinados derechos especiales de conciliación para los funcionarios de la Administración autonómica catalana.

⁴ DOGC 23.7.1988

En la sentencia comentada, el problema lo suscita la admisibilidad legal de documento emitido por fedatario público, concretamente si un acta de notoriedad concluida con posterioridad al fallecimiento del sujeto causante puede ser un «documento público en el que conste la constitución de dicha pareja» a los efectos del reconocimiento de la pensión vitalicia de viudedad. La escritura pública es un medio de prueba privilegiado de la unión estable heterosexual y aunque la LUEP reconoce para aquellas uniones heterosexuales que no se hayan constituido mediante escritura pública, la más absoluta libertad de prueba, el acta emitido por fedatario público constituye uno de los posibles medios de prueba para acreditar dicha convivencia. En este sentido, el notario deberá constatar que la convivencia que se somete a su comprobación ha reunido los requisitos necesarios para quedar sometida a las disposiciones de la Ley de uniones estables (Cf. [arts. 209 y 210 RN](#)). No obstante, al requerir el precepto que el acta de notoriedad se refiera además al "transcurso de dos años" se olvida del hecho que, de acuerdo con el [art. 1.2](#) LUEP, si los convivientes han tenido un hijo común o lo han adoptado conjuntamente no habrá sido necesario el transcurso de dicho período para que quede constituida la unión estable a los efectos reconocidos en la legislación autonómica⁵.

⁵ MIQUEL MARTIN CASALS. Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, *Derecho privado y Constitución*, nº 12, 1998, p. 162.

La legislación catalana destaca entre la normativa autonómica sobre parejas por el hecho de no prever un sistema registral para la constitución de las uniones estables ni tampoco para su acreditación. Con todo, el medio de acreditación en Derecho Civil catalán que plantea más problemas de compatibilidad con la normativa de Seguridad Social es el del acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años previsto en el [art. 10](#) de la LUEP. Estas dudas se plantean porque la normativa estatal también habría podido prever autónomamente este medio de prueba de la existencia de la pareja y casa mal que el acta de notoriedad se otorgue *ex post*, es decir, una vez muerto el causante, mientras que la escritura pública de constitución se debe haber otorgado como mínimo dos años antes del fallecimiento⁶.

⁶ LAMARCA I MARQUES, A. y ALASCIO CARRASCO, L. Parejas de hecho y pensión de viudedad. *Indret*, 4/2007, p. 23.

Habida cuenta que con el acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso, lo relevante es que el requerimiento para instrucción del acta será hecho al Notario por persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer (en este supuesto, la viuda), la cual deberá aseverar, bajo su responsabilidad, la certeza del mismo, bajo pena de falsedad en documento público. El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario. Constarán necesariamente en las actas de notoriedad

todas las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones; los justificantes de citaciones y llamamientos; la indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado, y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia. El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta.

En relación a su eficacia, la fe pública notarial atribuye autenticidad al documento tanto desde un punto de vista formal como material, es decir, tanto a los hechos que se narran en el documento como si de tales hechos puede concluirse con la autenticidad de fondo, es decir, del hecho jurídico constitutivo del acto⁷. Si además de comprobar la notoriedad, el requeriente pretende el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.

⁷ GÓMEZ-MARTINO FAERNA, A. La función del notario en la Unión Europea. 2ª Ed. Madrid: Consejo General del Notariado, 1999, p. 186.

En la Sentencia comentada, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso interpuesto por el INSS y confirma la sentencia de instancia, manteniendo el derecho a pensión vitalicia de viudedad del miembro supérstite del matrimonio, y no la pensión temporal que pretendía la Entidad Gestora en base a los siguientes argumentos: a) ha quedado probado que la demandante y el sujeto causante convivían desde el año 2001 mediante el acta de notoriedad emitida con posterioridad al fallecimiento del causante; b) la legislación catalana admite que la acreditación de convivencia se certifique por cualquier medio de prueba que sea «admisible y suficiente», y un acta de notoriedad emitida por fedatario público es un documento público en el sentido del [art. 1216 C. Civil](#).

Esta doctrina judicial sigue la línea argumental iniciada en la [STSJ Cataluña 21 de octubre de 2009](#) y la [STSJ Cataluña 25 de febrero de 2010](#). En ambas sentencias se sostiene que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia al que se refiere el [art. 174.3 LGSS](#) - convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años-, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca la legislación específica. Como se ha referido, el [art. 2 LUEP](#) de Cataluña señala que la acreditación se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, y, en este sentido, se ha admitido como medio de prueba «el certificado de empadronamiento» -STSJ Cataluña 21 de octubre de 2009- pero también si de la valoración conjunta de la prueba testifical y documental efectuada por la Magistrada de instancia se deduce tal convivencia -STSJ Cataluña 25 de febrero de 2010-.

De otra parte, esta tesis también ha prosperado en las Comunidades Autónomas que no cuentan con Derecho Civil Propio como confirma una reciente sentencia del TS en la que se recuerda que en estos supuestos el acceso a la pensión vitalicia de viudedad «no se ha causado por la vía de la relación jurídica denominada "pareja de hecho" (contemplada en el apartado 3 del [art. 174 LGSS](#)), sino a través de la relación matrimonial regulada en el apartado 1 - por más que lo haya sido conforme al supuesto excepcional al que se refiere el último párrafo de dicho apartado 1-, y, en consecuencia, para la acreditación del período de convivencia inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, no se requiere la excesiva rigidez formal a la que se refiere el párrafo cuarto del apartado 3, sino que basta para su adveración con acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho ([STS 14 de junio de 2010](#)).

IV . Conclusión

Como se ha referido, en los supuestos que el fallecimiento del sujeto causante deriva de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No obstante, no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante en los términos previstos en el [art. 174.3 LGSS](#) que, sumados, a la

duración del matrimonio, superen dos años de convivencia. En el supuesto analizado, la acreditación de la convivencia debe ajustarse a lo previsto en la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña, cuyo artículo 2 establece que dicha acreditación podrá hacerse por cualquier medio de prueba admisible y suficiente y, en este sentido, el TSJ ha admitido el acta de notoriedad emitido con posterioridad al fallecimiento del causante a los efectos del reconocimiento del derecho a la prestación vitalicia de viudedad.

Parece lógico que si el legislador hace una llamada a la regulación propia para las Comunidades Autónomas con Derecho Civil, se condicione el reconocimiento de la prestación a la acreditación de la convivencia en los términos regulados en la legislación específica. Si, como ocurre en la sentencia comentada, la referencia se contiene en la [Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña](#) y en ella, el [art. 2](#) sólo se refiere a cualquier medio de prueba admisible y suficiente, compartimos que el acta de notoriedad que pueda emitir un fedatario público, aun cuando éste se realice con posterioridad al fallecimiento del sujeto causante, ha de ser admitido como medio de prueba. Y ello en atención a dos razones: en primer lugar, porque la redacción contemplada en la legislación autónoma es lo suficientemente amplia que supone la admisión de este documento en lo que hace a la acreditación de la convivencia, y, en segundo lugar, porque el acta de notoriedad sólo será emitida por el Notario si puede constatar que la convivencia que se somete a su comprobación ha reunido los requisitos necesarios para quedar sometida a las disposiciones de la Ley de Uniones Estables de Cataluña.

Cuestión distinta es si más allá de los problemas aplicativos, late en esta regulación un interrogante de más largo alcance, cual es el de su dudosa constitucionalidad⁸. En este sentido, se ha planteado si es admisible que el legislador estatal remita al Derecho Civil propio de las CCAA la definición de qué se entiende por «pareja de hecho», toda vez que desde tal perspectiva podría limitarse o condicionarse la intensidad de la protección contemplada por el [art. 174.3](#) LGSS. La remisión del inciso final de este apartado respecto de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio a lo que establezca su legislación específica para la consideración de pareja de hecho y su acreditación no aparecía en el proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social, sino que fue fruto de dos enmiendas del Convergencia i Unió y de Esquerra Republicana de Cataluña, que venían a justificar la enmienda para adaptar el texto del proyecto de Ley a la competencia exclusiva en Derecho Civil que tienen algunas Comunidades Autónomas⁹.

⁸ VIQUEIRA VÁZQUEZ, C. La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho (Ley 40/2007), AS, Tomo II, 2008, p. 2162.

⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, [Revista Aranzadi Doctrinal](#), nº 4/2009, nota 9

Parece claro que los presupuestos y las condiciones de acceso a una prestación de Seguridad Social constituyen legislación básica del Estado ([art. 149.1 CE](#)) y, en consecuencia, es competencia exclusiva del Estado todo lo relativo a requisitos, cuantía, alcance, acción protectora y régimen jurídico de las prestaciones de Seguridad Social¹⁰. Por ello, compartimos que la interpretación que debe prosperar en relación a esta cuestión es que la definición de pareja de hecho contenida en el [art. 174](#) LGSS ha de operar con carácter general por lo que al acceso a la prestación de viudedad se refiere, sin perjuicio del respeto de la competencia autonómica «en la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» ([art. 149.1 8 CE](#)), cuya regulación tendrá incidencia en lo que hace a las formas de acreditación de la convivencia de las parejas de hecho. Y, en todo caso, la reciente sentencia dictada en unificación de doctrina antes referida sienta las bases para que se admita cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho en orden a acreditar el periodo de convivencia inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio a los efectos del reconocimiento de la pensión vitalicia de viudedad, toda vez que el acceso a la pensión se ha causado por la vía de relación matrimonial y no a través del previsto para las parejas de hecho, cuya regulación es mucho más severa en lo que hace a la acreditación de esta convivencia.

¹⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D. La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas. CEF. RTSS, nº 302, 2008, p. 80.